

# VU Research Portal

## Wie wordt de asielzoeker

Stronks, M.C.

### ***published in***

Mr. : Magazine voor juristen  
2014

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Stronks, M. C. (2014). Wie wordt de asielzoeker. *Mr. : Magazine voor juristen*, 2014(10), 21-21.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# SNELRECHT

Snel op de hoogte zijn van actuele ontwikkelingen in het recht? Ook daarvoor kunt u in *Mr. terecht*. In de rubriek Snelrecht belichten vooraanstaande juristen periodiek de ontwikkelingen op hun rechtsgebied.

## STAATSRECHT

### CHAMBRE DE CONSTITUTION

**B**ij de Eerste Kamer denk ik niet aan revolutie, eerder aan grijze haren. En bedachtzaamheid natuurlijk. Grote veranderingen zijn voor de Tweede Kamer. De senatoren kunnen dan ook niet het initiatief tot wetgeving nemen. Verandering is immers politiek, en volgens een hardnekkig gerucht doet onze *chambre de réflexion* daar niet aan. Maar wat blijkt: gaat het om de Grondwet, dan kunnen ook senatoren activistisch zijn. Op aandringen van de Eerste Kamer zette het kabinet deze zomer twee voorstellen tot grondwetswijzigingen op internet: over het opnemen van het recht op een eerlijk proces, en over een algemene bepaling waarin staat dat de Grondwet 'de democratie, de rechtstaat en de grondrechten' waarborgt. Beiden werden in 2010 al door de Staatscommissie Grondwet bepleit. Toen vond het kabinet deze kwesties nog te onbelangrijk, respectievelijk te revolutionair. Het kwam met twee quasi-juridische criteria op de proppen, waaraan beide voorstellen niet voldeden: constitutionele noodzaak en constitutionele rijpheid. Het eerlijk proces stond ook in het EVRM (al wees de staatscommissie terecht op gaten in die bescherming), en over de vraag of Nederland wel een democratische rechtstaat is bestond kennelijk te veel onduidelijkheid. De Eerste Kamer zette de tanden er in en het kabinet ging alsnog overstag. Daarbij roept vooral de



algemene bepaling vragen op. De democratische rechtstaat moet natuurlijk aan het begin staan. Het kabinet wilde echter geen preambule en plaatsing in hoofdstuk 1 suggereert dat het om een subjectief recht gaat. Straks beroepen burgers zich er nog op. Daarom nummert men de bepaling niet. Dat is wetgevingstechnisch ongetwijfeld verdedig-

baar, maar doet koddig aan. De bepaling richt zich in de ogen van het kabinet bovendien tot de grondwetgever zelf, en niet tot, bijvoorbeeld, de rechter. Maar juist bij de interpretatie van de andere bepalingen van de Grondwet, door de wetgever of de rechter, zou zo'n bepaling iets toevoegen. Voorts bepaalt de grondwetgever straks dus dat hijzelf bij het herschrijven van de Grondwet rekening moet houden met de waarden van de rechtstaat. Is die toekomstige grondwetgever daaraan wel gebonden? Genoeg werk nog, voor de *chambre de constitution*.

Jerfi Uzman is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

## CONTRACTENRECHT

### HET EINDE VAN HET SCHULDEISERSVERZUIM

**S**oms heeft een schuldenaar medewerking van zijn schuldeiser nodig om zijn verplichtingen te kunnen nakomen. Weigert de schuldeiser deze medewerking en belet hij daarmee nakoming, dan raakt hij in schuldeisersverzuim. Dit verzuim draait de rollen tijdelijk om: de schuldeiser kan geen aanspraak maken op de prestatie en de schuldenaar kan zelf niet in verzuim raken. Kortom: *it takes two to tango*.



De normale verhoudingen hervatten weer zodra het schuldeisersverzuim eindigt. De vraag is wanneer dat is. De Hoge Raad heeft die vraag beantwoord in HR 11 juli 2014, NJ 2014/361 (Sepeba/Rito). Rito is eigenaar van een perceel grond, met de bedoeling dit ooit via Sepeba in een ABC-transactie door te verkopen aan een derde. De afspraak is dat Rito het

perceel op afroep beschikbaar houdt, terwijl Sepeba een koper zoekt. Uit de uiteindelijke opbrengst krijgt Rito onder meer een rentevergoeding over de aanlooperperiode, waarin zij eigenaar van de grond is geweest. Wanneer partijen echter ruzie krijgen over de financiële afrekening, weigert Rito mee te werken aan de levering.

Het hof kwalificeert deze opstelling van Rito als schuldeisersverzuim en verplicht Rito om mee te werken aan levering. Daarbij is Sepeba geen rente verschuldigd over de periode waarin Rito in schuldeisersverzuim is. Voor de omvang van de uiteindelijke door Sepeba aan Rito te betalen rentevergoeding is dus van belang wanneer het schuldeisersverzuim eindigt: is dat al wanneer Rito toezegt mee te zullen werken aan een toekomstige levering, of pas wanneer levering daadwerkelijk plaatsvindt? In het eerste geval zou Rito als schuldeiser het in haar macht hebben het verzuim door een enkele toezegging te doen eindigen, hoewel Sepeba als schuldenaar op dat moment nog niet kan nakomen. In het tweede geval zou Sepeba als schuldenaar kunnen bepalen wanneer het verzuim eindigt, hoewel nakoming wellicht al eerder mogelijk was. De Hoge Raad volgt begrijpelijkerwijs dan ook een derde spoor: aangezien het schuldeisersverzuim ontstaat wanneer de schuldeiser de nakoming belet, eindigt het wanneer de schuldenaar redelijkerwijs weer tot nakoming in staat is. Vanaf dat moment wordt de tango hervat en moeten schuldeiser en schuldenaar samen de dansvloer op.

Jan van Nass is advocaat bij BarentsKrans.

# INTELLECTUEEL EIGENDOMSRECHT

## RUIM BAAN VOOR DE EUROPESE PARODIE

Op 9 januari 2011 deelde Johan Deckmyn, lid van het Vlaams Belang, op de nieuwjaarsreceptie van de stad Gent kalenders uit met op de voorkant een parodie op het omslag van het Suske & Wiske album *De Wilde Weldoener*. In de parodie werd de hoofdpersoon van het origineel vervangen door de burgemeester van de stad Gent en werden de personen die muntstukken oprapen, vervangen door gesluierde en gekleurde figuren. De erfgenamen van Suske & Wiske-tenaar Vandersteen maakt hier bezwaar

tegen. Deckmyn beriep zich op de beperking op het auteursrecht ten gunste van de parodie, zoals die vastligt in de EU Auteursrecht-richtlijn. Op 3 september 2014 heeft het Hof van Justitie van de EU in deze zaak beslist “dat de wezenlijke kenmerken van de parodie erin bestaan dat, enerzijds, een bestaand werk wordt nagebootst doch met duidelijke verschillen met het bestaande werk en, anderzijds, aan humor wordt gedaan of de spot wordt gedreven”. Nabootsing, duidelijk verschil en humor zijn dus de belangrijkste vereisten voor een parodie.



Volgens het Hof is *niet* vereist dat de parodie betrekking heeft op het oorspronkelijke werk. Dit is belangrijk nieuws, omdat velen er vanuit gingen dat een parodie alleen toelaatbaar zou zijn als het werk zelf of zijn maker op de hak worden genomen. Maar dat hoeft dus niet volgens het Hof. Het is dus kenmerk ook toelaatbaar om iemands werk te gebruiken om heel iemand anders belachelijk te maken. Wel zegt het Hof dat een parodie te ver kan gaan als die “een discriminerende boodschap weergeeft met als gevolg dat het beschermde werk met een dergelijke boodschap wordt geassocieerd”. Of daarvan sprake is zal de nationale rechter moeten uitmaken. Er is ook sprake van een belangenafweging tussen de belangen van de makers en de vrijheid van meningsuiting. Maar de belangrijkste boodschap is wel dat het Hof van Justitie de Europese parodie ruim baan geeft.

Bron: ECLI:EU:C:2014:2132

Dirk Visser is hoogleraar intellectueel eigendomsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Klos Morel Vos & Schaap.

# FINANCIEEL STRAFRECHT

## BUITENSPORIG

In de vorige aflevering van deze rubriek werd al vermeld dat het recente wetsvoorstel ‘herziening strafbaarstelling faillissementsfraude’ (33 994) meer inhoudt dan de titel doet vermoeden (*Mr. 9/2014*, pagina 19). Zo bevat dit wetsvoorstel ook een strafbaarstelling die zich richt op bestuurders en commissarissen die hun onderneming door onbehoorlijk functioneren aan de rand van de afgrond brengen, zonder dat een faillissement volgt. Het feit dat een wankelende onderneming door krachtig ingrijpen van banken en/of overheden nog kan worden



gered, mag volgens het voorstel niet in de weg staan aan de mogelijke strafvervolgning van de verantwoordelijke functionarissen. De strafrechtelijke aansprakelijkheid zal intreden indien sprake is geweest van ‘buitensporig’ handelen met de financiële middelen van de rechtspersoon, ten gevolge waarvan deze rechtspersoon ernstig nadeel heeft ondervonden en zijn voortbestaan in gevaar is gekomen. De betrokken bestuurder of commissaris hoeft niet zelf over die middelen te hebben beschikt: het is al voldoende indien hij daaraan zijn medewerking heeft gegeven of daarvoor zijn toestemming heeft verleend. Onder buitensporig wordt verstaan: volstrekt onredelijk, geen reëel economisch doel dienend en vanuit een oogpunt van goed ondernemerschap onverklaarbaar. Het is een geobjectiveerd begrip en dat geldt ook voor de ernst van het nadeel en de gevaarstelling voor de rechtspersoon. Of de bestuurder of commissaris zich bewust was van de buitensporigheid van het handelen, dan wel zijn rechtspersoon bewust heeft benadeeld en in gevaar heeft gebracht, doet niet ter zake.

De voorgestelde strafbepaling vervangt het huidige artikel 347 Sr dat betrekking heeft op handelingen in strijd met statuten en reglementen ten gevolge waarvan de rechtspersoon ernstig nadeel ondervindt. De bestuurder of commissaris die daaraan meewerkt of daarvoor zijn toestemming verleent, is naar huidig recht weliswaar strafbaar, maar kan dan slechts worden gestraft met een geldboete. De nieuw voorgestelde strafbepaling voorziet daarentegen in een gevangenisstraf van maximaal twee jaar, welk maximum wordt verhoogd tot vier jaar indien de bestuurder of commissaris heeft gehandeld met het oogmerk om zichzelf of een ander te bevoordelen. Bovendien wordt voorgesteld om bij een verdenking van het nieuwe delict steeds vergaande dwangmiddelen te kunnen inzetten: de bestuurder of commissaris kan worden aangehouden, verhoord en gedetineerd.

Daan Doorenbos is hoogleraar ondernemingsstrafrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en partner bij Stibbe.

# EUROPEES RECHT

## DAADWERKELIJK AANKOMEN OP BESTEMMING

Wanneer ben je echt op een bestemming aangekomen? Wanneer is er – normaal gesproken – sprake van de daadwerkelijke aankomst, bijvoorbeeld bij een vliegtuigvlucht? Is dat op het moment van landing, de *touch down*? Zodra de passagiers de gate bereiken? Of op het moment dat de vliegtuigdeuren opengaan? Deze nogal feitelijke rechtsvraag staat centraal in het recente arrest *Germanwings* van het Hof van Justitie, gewezen op 4 september 2014.

Binnen de Europese Unie bestaan passagiersrechten waaronder een regeling voor compensatie bij langdurige vertraging. Zodra een vlucht meer dan drie uur later dan gepland de bestemming bereikt heeft een passagier aanspraak op een compensatie van 250 euro voor rekening van de luchtvaartmaatschappij (denk aan het arrest *Sturgeon*). Dit is heel concreet Europees recht. Inmiddels bestaan er verschillende juridische ondernemers die deze claims op- en/of afkopen, verzamelen en een business model hebben gemaakt van het effectueren van deze passagiersrechten.

De zaak *Germanwings* draait om een vlucht van Salzburg naar Keulen/Bonn. De vlucht vertrok met 3.10 uur vertraging, de wielen van het toestel raakten het asfalt van de luchthaven Keulen/Bonn met 2.58 uur vertraging. Na het taxiën bereikte het vliegtuig zijn standplaats met 3.03 uur vertraging en de vliegtuigdeuren openden kort nadien. Een passagier stelt dat hij recht heeft op compensatie, er was immers meer dan 3 uur vertraging. Luchtvaartmaatschappij *Germanwings* stelt echter dat de daadwerkelijke aankomsttijd 2.58 uur later dan gepland was en daarom geen compensatie is verschuldigd.

Het wordt een geschil voor de Oostenrijkse rechter die prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie stelt over de uitleg van het recht van de Europese Unie. Het Hof van Justitie oordeelt dat de ‘daadwerkelijke aankomsttijd’ auto-



noom en uniform moet worden uitgelegd: zodra de beperkingen en controle van de luchtvaartmaatschappij is opgeheven, passagiers het toestel mogen verlaten en de vliegtuigdeuren worden geopend kan daarvan sprake zijn. De zaak illustreert dat rechtsuitleg soms een heel feitelijke afweging wordt. Net

als bij de Hoge Raad het onderscheid tussen feiten en recht soms wat kunstmatig is, doet zich bij het Hof van Justitie een vergelijkbare spanning voor tussen uitleg van het EU-recht en de toepassing ervan op de feiten van het geschil dat normaal gesproken het domein is van de nationale rechter. Er is wel duidelijkheid nu: als tenminste één vliegtuigdeur opengaat kom je pas daadwerkelijk aan.

Vindplaats: *Zaak C-452/13, Germanwings, ECLI:EU:C:2014:2141*

Herman van Harten is postdoctoraal onderzoeker en universitair docent EU-recht bij het Moutaigne Centrum van de Universiteit Utrecht.

# VREEMDELINGENRECHT

## WIE WORDT DE ASIELZOEKER?

Juridisch gezien heeft de asielzoeker tijdens zijn procedure een gespleten persoonlijkheid. Hij is in potentie een vluchteling met een verblijfsvergunning, maar tegelijkertijd kan hij in de toekomst een illegale vreemdeling blijken te zijn, die het land moet verlaten. Pas na het afronden van de procedure bestaat uitsluitsel over de vraag wie hij nu werkelijk is: vluchteling of illegaal. De asielprocedure dient zo als een vorm van psychotherapie, met een dwingende diagnose van de identiteitsstoornis aan het einde van het traject in het verschiep. Dat is niet zo maar een flauwe vaststelling, de gehele asielprocedure draait in feite om deze dubbelzinnigheid.

Aan de ene kant wordt de asielzoeker behandeld als vluchteling. Hij heeft allerlei rechten, die hij ontleent aan het Vluchtelingenverdrag. Dat verdrag verleent vluchtelingen met een



vluchtelingenstatus rechten, maar daarmee ook potentiële vluchtelingen. En dat kan ook niet goed anders, veel rechten uit dit verdrag zouden immers iedere waarde verliezen als ze pas aan het einde van een lange procedure zouden worden verleend. Neem het verbod om vluchtelingen uit te zetten naar een land waar hun leven of vrijheid gevaar loopt. Als

dat pas zou gelden na de procedure waarin iemand is erkend als vluchteling, kan dit recht reeds zijn geschonden en de onherroepelijke schade reeds zijn aangericht, omdat hij tijdens zijn asielprocedure al werd teruggestuurd. De asielzoeker wordt zo gezegd de vluchteling die hij al is.

Aan de andere kant staat het asielrecht bol van de inperkingen van de rechten van asielzoekers. Vrijheidsontneming is daar vermoedelijk het duidelijkste voorbeeld van. Zo kan de asielzoeker bijvoorbeeld in bewaring worden geplaatst als er een vluchtgevaar dreigt. Dit wordt ingegeven door de mogelijkheid dat we hier niet met een vluchteling van doen hebben, maar juist met een potentiële illegale vreemdeling. En die moeten het land uit, dus houden we ze graag onder controle.

Dat we rekening houden met deze dubbelzinnige potentie van de asielzoeker in de procedure is vermoedelijk onvermijdelijk. In het heden moeten we nu eenmaal rekening houden met de toekomst, terwijl juist die zo onzeker is. Problematisch wordt het pas, als we dat niet meer doen en de identiteit van de asielzoeker vanaf het begin al vastligt.

Martijn Stronks is verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en werkt aan een proefschrift over migratierecht.